
CONSTITUCIÓN Y DERECHO PÚBLICO: CUMPLIMIENTO DE LAS PROMESAS

Mariano R. BRITO ()*

El título es una optimización o reclamo desde la praxis; es que ya no cabe la sola atención a estereotipos, fórmulas y paradigmas constitucionales. El curso de los tiempos ha seguido y vivimos hoy ya sumergidos en la sociedad de la información y el conocimiento en un mundo globalizado. Avanzando el siglo XXI –ante las circunstancias históricas –el acaecimiento y la coyuntura- se hace necesario ver cuán efectivas son las promesas que la Constitución ha consagrado, y en su caso –conocido el aporte positivo de la constitucionalidad-, buscar y hallar los mecanismos formales, institucionales y sustantivos que permitan alcanzar la efectividad prometida. Esta última tarea lleva consigo definición de políticas de Estado, cuya regulación corresponde al Derecho Público. Pero a cuando tal se llega es ineludible la dimensión o juicio político. Efectividad de las promesas supone tanto como alcanzar si se ha obrado de conformidad con el deber constitucional y hecho uso de las posibilidades que se han dado en el sentido del ordenamiento (Derecho Público) y sus fines.

Todo lo cual conduce a tener presente que “El principio del Estado de Derecho exige que la administración (toda autoridad pública diríamos) sólo puede intervenir en la esfera legal del particular cuando se encuentra autorizada para tal efecto mediante ley, y cuando el contenido, objeto y extensión de esa autorización se encuentra suficientemente determinada en la ley, de modo tal que la intervención sea cuantificable y previsible para el legislador”^{1 2}. Y con estos extremos, sea o alcance la efectividad de las promesas contenidas en la Constitución.

De igual modo, cuando la autoridad pública obra en el ámbito del bien común los poderes que la Constitución le atribuye –ejerciendo su competencia- se impone, una vez más, la búsqueda de la efectividad de las promesas que aquella atribución lleva consigo en orden a la realización del Estado de Derecho (su operación aplicativa de la Constitución). Corresponde ya tener a la vista:

1. El marco operativo delimitado para el tema a mi cargo muestra la relación de base entre Constitución y Derecho Público, para atender a su objeto trascendente: efectividad de la primera. Se sabe que efectivo es tanto como real y verdadero, en oposición a lo quimérico, dudoso o eventual.
2. Por cuanto se trata de la efectividad o cumplimiento de la Constitución se reclama atender al orden pragmático (efectos prácticos o praxis) que muestre que ella constituye un marco vinculante, sí, en cuanto es regla de derecho; pero además, hasta dónde es derecho operativo, con efectividad aplicativa, y no sólo postulado normativo de conductas estimadas positivas y valiosas.
3. Recientemente se decía desde Alemania: “El 8 de mayo conmemoramos el sexagésimo aniversario del fin de la Segunda Guerra Mundial y de la liberación del Europa del nacionalsocialismo”. Bien se anota: “El conflicto nos deparó dolor y destrucción inconmensurables. En el siglo XX, nuestro continente conoció así el abismo. Hoy sin embargo, podemos afirmar que los enemigos de entonces se han transformado en amigos. 45 años después del fin del nacionalsocialismo, cayó la cortina de hierro. Este año los alemanes están en condiciones de festejar el 15 Aniversario de su reunificación. Europa, por su parte, festeja haber superado su división”³.
4. Y con tono positivo, de efectividad constitucional, se agregaba: “Las dictaduras fueron superadas por una política inspirada en valores. Ha triunfado la libertad, la democracia y el estado de

¹ Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Compilación de Sentencias Jürgen SCHWABE, Konrad-Adenauer-Stiftung, Bogotá, febrero 2003, Pág. 359.

² Constitución de la República Oriental del Uruguay, Art. 10: “Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados”
“Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

³ Ángela MERKEL, Presidenta de la Unión Demócrata Cristiana Alemana (CDU) desde 2001. En la actualidad preside el bloque de la CDU/CSU del parlamento Federal Alemán, en Diálogo Político, conflictos sin fronteras, Konrad – Adenauer – Stiftung, Año XXIII, No. 3, Septiembre 2005, Pág. 136. Canciller de Alemania desde noviembre 2005.

derecho. Nunca antes en la historia reciente nos encontramos en una situación más feliz que hoy: gozar de la paz en libertad”⁴.

5. Sin embargo, al despertar el siglo XXI –ya en sus umbrales– se reconocen situaciones cuasi permanentes, aquí y acullá, internas e internacionales, de compromiso y confrontación, conflictos latentes o francamente desatados derrotados, enfrentamientos con situaciones terminales de guerra o de frustración de la paz y la libertad, amenaza o quebranto efectivo de los derechos humanos, y aun el descenso hasta la difusión de armas de aniquilación masiva. También no vemos ajeno al quebrantamiento apuntado, el compromiso apocalíptico de la vida y salud humana o de los márgenes de su supervivencia y la amenaza masiva de los sustentos y condiciones indispensables de la dignidad del hombre, negados desde el hacinamiento y marginación, con fenómenos de generalización de la pobreza en pueblos y continentes excluidos o expulsados del norte desarrollado, o minusvalorados y discriminados en su servir, hallando bolsones de hacinamiento y persistencia vergonzante, o de marginación para la inmigración. Una vez más el conflicto entre la sociedad opulenta y la pobreza por debajo de los límites de subsistencia digna (piénsese, en los estertores del octubre francés aún no extinguido, las poblaciones que mueren masivamente por el sida o la pauperización creciente en América Latina y África).
6. Se ha podido comprobar con la autoridad y prestigio intelectual de Allan Brewer Carías que “En todo caso lo cierto es que las crisis colocan a los países ante nuevos retos y oportunidades que provocan la generación de nuevas ideas y soluciones”. Y en medio de todo aunque refiriéndose a su país, bien podría el autor extenderse en generalidades -: “... precisamente está en esta situación para el futuro, en la difícilísima tarea de tener que reconstruir la institucionalidad democrática que ha sido gravemente demolida”⁵.
7. Porque en medio de todo el caos descrito, se resiente o cae la democracia instaurada. El título de nuestra exposición anuncia un clamor de frustraciones e inequidades, con el vigor demostrativo de la praxis, que exceden los enunciados de los textos normativos constitucionales; también, avanzando el siglo XXI, se ve el endeble cumplimiento e inefectividad asaz frecuente o generalizado de las promesas que las constituciones han consagrado ya no sólo para los derechos de primera generación sino también para los derechos sociales, y en suma el Estado Social de Derecho.
8. La cuestión adquiere mayor intensidad de riesgo y daño efectivo de los derechos humanos cuando acaece, una vez más, que “El más importante y esencial de los debates políticos que seguimos teniendo los latinoamericanos en estos comienzos del siglo XXI, no es otro que el de la democracia, es decir confrontar criterios sobre qué es lo que debemos hacer para perfeccionar y profundizar la democracia y asegurar su efectiva gobernabilidad: pues, sin duda, hay muchos que plantean que hay que sustituirla por un régimen político autoritario, militarista e *impositivo*, fundamentado en la *centralización y la concentración del Poder*”. En definitiva, es el debate de siempre, que origina la opción entre democracia y autoritarismo, el cual no puede tener otro resultado que no sea el de diseñar un sistema político que asegure que nuestras democracias, en las próximas décadas, sean más participativas y más representativas”⁶.
9. Más todavía: la Constitución enfrenta todavía, para su efectividad, uno de los efectos no deseados de un fenómeno contemporáneo: que “Estamos viviendo en un mundo caracterizado por un creciente impacto de la globalización en la política, la economía y múltiples aspectos de la sociedad. Ella se manifiesta, entre otros efectos, sin duda, en la desterritorialización de los conflictos. Narcotráfico, terrorismo y violencia social configuran una trama de amenazas y peligros que desbordan las fronteras de los estados nacionales al tiempo que condicionan sus márgenes de acción”⁷. Bastaría aquí la cita de nombres de países y aun regiones de América Latina que todos tenemos muy presentes para cuestionar la efectividad de las respectivas Constituciones, con su entraña de garantías y acotamiento del poder político, y la mención de conflictos sociales, cuya expresión organizacional se ha convertido en un dolor de cabeza para los ciudadanos y los gobiernos de algunos países⁸. Esa realidad enfrenta a la Constitución y el Derecho Público en cuanto cuestiona la una y el otro en su conjunto mostrando para ambos una vis expansiva que alcanza, por lo pronto:

⁴ Ibidem.

⁵ Allan Randolph BREWER CARÍAS, A manera de explicación, en Reflexiones sobre el constitucionalismo en América, Caracas, 2001, Pág. 9.

⁶ Ibidem. Pág. 43.

⁷ Hans BLOEMEIR, Editorial, en Diálogo Político, Conflicto sin fronteras, Ed. Konrad – Adenauer – Stiftung, Buenos Aires, Año XXII, No. 3, septiembre 2005.

⁸ Ibidem.

1º) Las relaciones paradigmáticas en términos de dualismos tradicionales (derecho público – derecho privado; libertad – igualdad; autoridad – libertad; orden público – libertad; Estado – Sociedad; coacción – protección; planteando:

- a) reconocer y vigorizar las fuentes y fundamentos del Estado Democrático de Derecho, cuya afirmación primaria radica en el pueblo origen del poder y en la dignidad del hombre, de cada hombre y de todo hombre;⁹
- b) buscar afanosamente formas de participación ciudadana y de participación social, en términos de exigencia constitucional, de tal manera que aquella no queda sólo librada a la representación político – partidaria¹⁰ (ya aquí precisamos que esto no implica alejarse o postular el desconocimiento de la representatividad político – partidaria, pero sí reprochar o renegar de la partidocracia y de la representación como únicas fuentes de la legitimación del poder).

2º) La afirmación vigorosa, con reclamo de realidad, del interés general, social, y aun particular –no ya en términos de confrontación, sino de articulación y complementariedad. Es ilustrativo el Art. 47 de la Constitución uruguaya con la reforma del 31 de octubre de 2004 y proclamada por la Corte Electoral el 8 de noviembre de 2004¹¹.

3º) La caracterización de sus contenidos y la definición del objeto de la Constitución, para advertir que lo suyo ha de ser erigir la una y encaminar sus desarrollos por el derecho público, permitiendo un aserto fundamental: el control de las operaciones administrativas y del gobierno mantener y reconocer que “Its primary purpose is to keep governmental powers within their legal bounds and to protect individuals against the abuse of such powers. It sets forth the powers that may be exercised by administrative agencies, lays down the principles governing the exercise of those powers, and provides legal remedies to those aggrieved by administrative action”¹². Para el derecho continental, al cual se afilia el ordenamiento uruguayo, el objeto es más amplio: cubre no sólo los poderes administrativos, su ejercicio, y remedios, pero también materias tales como las diversas formas de los órganos administrativos, el ejercicio y las limitaciones del poder regulador, la ley del servicio civil, la adquisición y manejo de la propiedad pública; las obras públicas; y las obligaciones administrativas¹³. A todo lo cual ha de cuidar la Constitución y su consecuente desarrollo por el Derecho Público, y tomarse en cuenta cuando la efectividad de las promesas de la Constitución se plantea.

10. Si de Constitución y Derecho Público y efectividad de la primera hablamos, se impone aún una trascendente advertencia: la cuestión de que “siguen existiendo en las Constituciones vigentes, igual que en las Constituciones anteriores, normas de las denominadas programáticas, si por tales se entienden los enunciados que requieren ser completados por el legislador ordinario al que la Constitución se remite. Ya en el tiempo de vigencia de la Constitución de Weimar, por citar un texto que abre el camino a la modernidad e impone la regla de la supremacía constitucional, la doctrina alemana había observado la existencia de muchas prescripciones en la misma que requerían el concurso del legislador para poder ser aplicadas. Esta circunstancia se repite en las Constituciones actuales (y no sólo en relación con los derechos económicos y sociales, como suele afirmarse habitualmente, sino también en relación con algunos derechos procesales y civiles que no pueden ejercitarse si el legislador no provee lo necesario), y era también absolutamente habitual en las Constituciones del pasado.

⁹ Mariano R. BRITO, Derecho Administrativo. Su permanencia –Contemporaneidad –Prospectiva, Montevideo, Ed. Universidad de Montevideo, 2004, Pág. 16-17.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ “La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores”. Véase: Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, aprobada en Nueva York el 9/5/92, aprobada por la Ley 16.517 del 22/7/94; Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente y sus Anexos, aprobado por la Ley 16.518 del 22/7/94; Protocolo de San Salvador del 17/11/88, aprobado por la Ley 16.519 del 22/7/94, Art. 11; ley 16.688 del 22/12/94 por la que se aprueba un régimen de prevención y vigilancia ante posible contaminación de las aguas de jurisdicción nacional.

¹² Bernard SCHWARTZ, Administrative Law, USA, 1991, 3ª. Ed., Pág. 1.

¹³ *Ibidem*, Pág. 2.

Pero el hecho de que las normas constitucionales necesiten el concurso del legislador para concretarlas y hacerlas operativas no quiere decir que pierdan todo su carácter normativo. Se tratará, en tal caso, de normas incompletas, que no por tal circunstancia pueden excluirse de la normatividad. Son normas que renuncian a explicitar totalmente los supuestos fácticos a los que se refieren o las consecuencias jurídicas de lo que disponen, remitiéndose a otros poderes externos para que integren estos déficits¹⁴.

“Del mismo modo –continúa el autor citado–, como ya hemos dicho, es pertinente separar del problema del carácter normativo de las reglas constitucionales la cuestión de su eficacia y la de su posible invocabilidad ante los tribunales”¹⁵.

Más aún: considerando con Muñoz Machado que es pertinente la separación anotada, y la de la posible invocación de las primeras ante los tribunales, dice: “Ya hemos señalado más atrás que existen reglas de Derecho que no están acompañadas de un sistema coactivo específico para asegurar su aplicación forzosa. El mejor ejemplo es el de las normas constitucionales, como ya hemos señalado. La circunstancia de que no se hayan fijado en ellas, o en la legislación que las desarrolle, formas de control de la legislación que viole sus determinaciones no es determinante de que sus preceptos no tengan valor normativo. Pueden, en tal caso, tener efectos más debilitados: aplicarse por los jueces ordinarios y, en defecto de justicia constitucional, ser utilizados al menos como parámetro de control de la acción del poder ejecutivo; y, en la más debilitada de las hipótesis, pueden servir como criterio de interpretación de la legislación positiva”¹⁶.

11. En el ordenamiento jurídico uruguayo la cuestión anotada se conoce por la múltiple presencia de normas programáticas en la Constitución de la República, que aunque reclaman de normas legales reglamentarias para su operatividad¹⁷, tienen inequívoco carácter normativo constitucional; son *ius normans*. Son normas “cuya virtualidad y eficacia jurídicas quede supeditada a la adopción de normas jurídicas consecuentes”. Pero debe reconocerse que aun cabe su aplicación directa toda vez que el orden constitucional uruguayo dispone: “Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recorriendo a los fundamentos de leyes análogos, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas”¹⁸. Pero también la Constitución consagra derechos económicos y sociales en normas igualmente programáticas¹⁹. Cuando se hallan normas programáticas procede saber que la Constitución deja al legislador un amplio espacio para valorar la conveniencia y necesidad de los medios que elige para alcanzar los fines constitucionales. Esto se aplica también a la evaluación de los fundamentos de hecho de la reglamentación legal. Pero ha de reconocerse que la discrecionalidad del legislador halla un poderoso límite sustantivo en el principio de proporcionalidad. De acuerdo con este principio la intervención se debe fundamentar en consideraciones de orden lógico y adecuado; el medio empleado debe ser además, idóneo y necesario, para alcanzar los fines que se persiguen y tomar en cuenta los límites de la razonabilidad. También para el legislador, cuando se aplica al desarrollo de las normas programáticas, ha de tenerse en cuenta que si lo propio del ser libre es ser causa de sí mismo (“... llamamos hombre libre al que se pertenece a sí mismo y no tiene dueño”)²⁰, no puede predicarse tal atributo del estado porque él no existe para sí, menos en sí halla su razón de ser; sólo es para el bien común. “El Estado de Derecho constituye un ordenamiento del poder para el fin debido”²¹, por lo que también para el caso concluimos –como lo hiciéramos antes para el actuar administrativo– en la negación de la categoría sustantiva de la discrecionalidad, entendiéndola subsistente sólo para la denominación de una operación intelectual del agente público, que para decidir (antes de, por lo

¹⁴ Santiago MUÑOZ MACHADO, *Constitución*, Madrid, 2004, Pág. 65.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ MUÑOZ MACHADO, *cit.*, Pág. 66.

¹⁷ Mariano R. BRITO, *Responsabilidad del Estado con respecto a la familia*, en *Jornadas Rioplatenses de Derecho*, Publ. de Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Año XXXIX, Segunda Época, Número 32, Pág. 75. Vide: Constitución uruguayo de 1967: artículos 28, 33, 41 inc. 2, 44, 45, 46 y 49.

¹⁸ Constitución de la República, Art. 332.

¹⁹ V. Constitución Art. 45: “Todo habitante tiene derecho a gozar de vivienda decorosa. La ley propenderá a asegurar la vivienda higiénica y económica, facilitando su adquisición y estimulando la inversión de capitales privados APRA ese fin”.

²⁰ ARISTÓTELES, *Metafísica*, Colección Austral, Espasa Calpe, Madrid, 14^a. Ed., 1993, Pág. 41.

²¹ Mariano R. BRITO, *Ob. Cit.* Nota 9, Pág. 456.

tanto –y para legislar- en el caso) examina varios comportamientos posibles en orden al interés público que debe alcanzar. Pero de aquí no puede derivarse con razón de necesidad la exclusión de la posterior apreciación jurisdiccional de la aptitud del acto (legislativo, en la especie considerada) para el fin, propio de la situación de deber a su respecto que justifica la regulación legislativa de la norma constitucional programática.

12. Todavía se releva por las consideraciones precedentes que la tutela jurisdiccional efectiva –aplicación de la competencia de principio del Poder Judicial- debe alcanzar frente al desarrollo legislativo de la normatividad programática y conductas estatales consecuentes, ya en orden a la posible omisión de su cumplimiento como por su inadecuada, desproporcionada o irracional. Siendo esa normatividad constitucional calificada programática, y en cuanto ella prescriba órdenes de actuación operativa, se vuelve necesaria la afirmación que dejamos formulada en el párrafo precedente, y también la posible configuración de situaciones de compromiso de la responsabilidad del Estado.

CONCLUSIONES

1. El cumplimiento de las promesas de la Constitución es parte de un sistema de prescripciones que condiciona el ejercicio de las facultades del poder público, por lo cual deviene piedra sillar del Estado Democrático de Derecho.
2. El condicionamiento anotado es derivación primera del “telos de la Constitución”, el que “En un sentido ontológico... (busca) la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político”²².
3. La Constitución reconoce derechos individuales y derechos sociales y proclama las promesas de conductas protectoras. El cumplimiento de éstas es alcanzado con la nota de exigibilidad propia del carácter normativo de la Constitución, ora mediante obligaciones de no hacer, ora de hacer.
4. cuando la Constitución impera al Estado conductas de hacer, el cumplimiento de las promesas es consecuente con la garantía de una determinada prestación. Su omisión o violación puede abrir el cauce de la responsabilidad estatal.
5. Una vez más corresponde señalar que frecuentemente se hallarán comprometidas cuestiones de moral natural cuya disposición no entra en las facultades del Estado²³. En las situaciones allí comprometidas la promesa de cumplimiento de la Constitución “es garantía de abstención de turbar e impedir la libre acción de terceros respecto al disfrute de determinados bienes o respecto al desarrollo de determinadas actividades personales o cualidades naturales”²⁴.
6. El protagonismo estatal para el cumplimiento de las promesas constitucionales no enerva ni posterga la iniciativa individual en uso de la libertad responsable, ni la operación de los hombres agrupados en las comunidades intermedias; la operación estatal se moverá, en general, en los límites de la acción subsidiaria, pero no puede pretenderse fórmulas universalmente válidas al respecto ya que es muy variado el grado de desarrollo de las diversas regiones y estados de la comunidad internacional y sus respectivas poblaciones.
7. El sistema de promesas que el constitucionalismo introdujo y cada constitución democrática establece, entraña, como clave de bóveda, una concepción finalista en la que aparece como elemento primario del bien común la perfección del hombre, sujeto dotado de dignidad personal. Esa perfección reclama, en su raíz moral, una conducta justa de tal modo que dado o reconocido el derecho estableciendo *id quod alteri debetur*, el Estado por regla constitucional es llamado a asignar efectivamente a cada uno lo suyo. Esto reclama el cumplimiento de las promesas que la Constitución establece poniéndola a cargo de aquél.
8. Se ve que en múltiples situaciones las promesas y el cumplimiento consiguiente llevan consigo su último fundamento en la moral, sin identificación o confusión con ésta, que encierra virtud, incluyendo en sí la rectitud del ánimo operante. En cambio, cuando del derecho hablamos, puede hallarse ausente el *animus* del agente.

²² Karl LOWENSTEIN, Teoría de la Constitución, Colección Dernos, Ed. Ariel, Barcelona, 2ª. Ed. Marzo 1976.

²³ Demostrativo de lo expuesto es el Art. 11 de la Constitución uruguaya, según el cual “El hogar es un sagrado inviolable. De noche nadie puede entrar en él sin consentimiento de su jefe, y de día, sólo por orden expresa de juez competente, por escrito y en los casos determinados por la ley”.

²⁴ Renato ALESSI, La responsabilità della Pubblica Amministrazione, Milán, Ed. Giuffrè, 1955, Págs. 4 y 10.